

Sui collaboratori dei dirigenti scolastici

di S. Galleano - 23 Agosto 2024

1. La vicenda

Il Comune di Campione d'Italia (il cui territorio si trova in Svizzera, a pochi Km dal confine italiano), comunicava in data 16.6.2013 alle OO.SS. dei lavoratori la situazione di criticità finanziaria dell'ente e l'intenzione di procedere al contenimento dei costi attraverso la riduzione dell'orario di lavoro di tutti i dipendenti nella misura del 10%.

L'incontro sindacale sul punto, avvenuto 19-20.7.2013, non aveva esito positivo. Il Comune allora, con provvedimento unilaterale del 27.6.2013, disponeva la riduzione di orario del 10% per tutti i dipendenti a far data dall'1° luglio successivo.

Successivamente, in data 12.11.2013, il Comune dava formale avvio alla procedura di individuazione degli esuberanti attivando la procedura prevista dall'art. 33 del d.lgs. 165/2001, dando comunicazione alle OO.SS. e alle RSU l'esatto numero (19).

Il 19.11.2013 si teneva un referendum tra i lavoratori, i quali approvavano, a maggioranza, la proposta di riduzione dell'orario di lavoro, cui faceva seguito un accordo di solidarietà ex art. 33 citato, siglato dalla sola UIL il 23.12.2013, nel quale si concordava, ratificando anche il precedente operato del Comune, la riduzione dell'orario dal luglio al novembre 2013 e si definiva nell'8,34% la percentuale di riduzione dal gennaio 2014 al 31 dicembre 2015.

Alcuni lavoratori impugnavano i provvedimenti comunali, chiedendo a) l'accertamento dell'illegittimità delle deliberazioni con le quali il Comune aveva ridotto del 10% e poi dell'8,33% l'orario di lavoro di 31 dipendenti; b) la condanna del Comune a ripristinare l'orario di lavoro contrattuale originario con decorrenza dal 1° luglio 2013; c) la condanna dell'ente territoriale al pagamento delle retribuzioni perse a partire da tale data e sino al ripristino del rapporto di lavoro a tempo pieno.

Il Tribunale di Como accoglieva il ricorso ritenendo ricorrere la violazione dell'art. 33 del d.lgs. 165/2001, non avendo il Comune individuato un'eccedenza di personale, come previsto dalla norma, ma limitato la propria valutazione solo alla percentuale delle ore da ridurre ai fini del contenimento delle spese. L'accordo decentrato del 23.12.2013 era dunque nullo, anche in quanto violativo della normativa del settore che prevedeva l'orario di lavoro in 36 ore settimanali, derogabile solo in specifiche ipotesi che non ricorrevano nel caso in esame.

Ne conseguiva l'obbligo del pagamento delle relative retribuzioni, non rilevando la mancata prestazione, imputabile al datore di lavoro.

La Corte di appello, adita dal Comune, disattesa l'eccezione di carenza di giurisdizione svolta preliminarmente dal Comune nel suo appello incidentale e la dedotta nullità dell'impugnazione svolta dai lavoratori in sede di replica, riteneva, contrariamente a quanto deciso dal primo giudice, non ostativa alla validità dell'accordo l'originaria individuazione della percentuale delle ore da ridurre in luogo delle posizioni lavorative eccedenti, specificate solo nel corso della procedura.

Precisava inoltre che l'eccedenza di 18 posizioni lavorative inizialmente individuate, comunicate alle RSU sin dal 19 giugno al momento dell'avvio della procedura, non erano state

oggetto di contestazione e che, dunque, potevano giustificare il ricorso a forme flessibili di lavoro come la riduzione dell'orario generalizzata quale soluzione alternativa e la successiva adozione unilaterale della riduzione operata il 27 giugno del 2013, a seguito del mancato raggiungimento di un'intesa nell'incontro del 19-20 giugno.

2. I ricorsi per Cassazione

Avverso la sentenza proponevano ricorso una parte dei lavoratori svolgendo dieci motivi, rispetto ai quali il Comune di è difeso, proponendo a sua volta incidentalmente due censure, cui hanno replicato i lavoratori. Anche altri lavoratori hanno a loro volta impugnato la sentenza con tre motivi cui ha resistito il Comune svolgendo anche qui gli stessi due motivi di ricorso incidentale.

I motivi dei lavoratori, ricorrenti principali, considerato il loro numero vengono qui sinteticamente riassunti. Riguardavano tutti la violazione, sotto diversi profili, dell'art. 33 del d.lgs. 165/2001 (art. 3, art. 360 cpc), nella versione modificata, a decorrere dal 1° gennaio 2012, dall'art. 16, co. 1, della l. 183/2011.

Con il primo motivo si sosteneva che la norma avesse finalità programmatiche, non applicabile agli enti pubblici non economici, per i quali non è previsto l'accesso alla CIG nella parte che rinvia al contratto di solidarietà, con la conseguenza che la modifica dell'orario di lavoro è possibile solo nell'ambito della disciplina del part time.

Con il secondo motivo si afferma, per sostenere ancora l'inapplicabilità dell'art. 33, che il ricorso a forme contrattuali flessibili con il contratto di solidarietà è ammissibile solo nei limiti di cui all'art. 36 del d.lgs. 165/2001, mentre con terzo si richiama anche l'art. 3, co. 9, del d.lgs. 165/2001 (sul part time), che prevede il consenso scritto del lavoratore e il Ccnl Enti locali che fissa nel 25% la percentuale di lavoratori che può essere interessata alla riduzione dell'orario.

Il quarto motivo affianca, ancora nella critica all'art. 33, la violazione dell'art. 6 del d.lgs. 165/2001 che impone agli enti la determinazione dell'organico e, quindi, anche della individuazione delle eccedenze, con conseguente illegittimità dei provvedimenti unilateralmente adottati dal Comune prima di tale incumbente, mentre il quinto sostiene che l'art. 33 garantisce al lavoratore l'80% dello stipendio per due anni oltre alla mobilità anche verso altri enti, mentre la disposta riduzione dell'orario sarebbe senza alcuna contropartita.

Sotto un ulteriore profilo, sempre l'art. 33 si denuncia essere stato violato dalla Corte di merito, la quale ha ritenuto tempestiva la comunicazione di avvio della procedura pur non essendo stati individuati gli esuberanti di personale.

Il settimo motivo si incentra sull'accordo sindacale, peraltro sottoscritto dalla sola UIL, non poteva sanare la riduzione di orario prima della comunicazione delle eccedenze prevista dall'art. 33.

L'ottavo motivo, in realtà apparentemente formulato ai sensi del n. 5 dell'art. 360, lamenta l'«*omesso esame per travisamento di un fatto decisivo*» e *addebita alla Corte territoriale di avere erroneamente ricostruito il contenuto dell'accordo sindacale e del referendum. I ricorrenti sostengono che l'accordo, tra l'altro sottoscritto dalla sola UIL, riguardava «il fu-*

turo” e con esso non era stata concordata alcuna sanatoria inerente alla pregressa riduzione unilaterale dell’orario di lavoro».

Il nono richiama sempre l’art. 33, che qui si assume violato in connessione con l’art. 40, co. 3 ter, nella misura in cui la Corte di merito aveva ritenuto la legittimità dell’operata unilaterale riduzione dopo il mancato accordo del giugno 2013, mentre, con il decimo motivo, si contrasta la decisione impugnata che ha riconosciuto validità all’accordo del dicembre 2013 siglato dalla sola UIL, della quale non si è verificata l’effettiva rappresentatività e, comunque, la contrattazione integrativa non poteva trattare di materie non previste da quella nazionale.

Il ricorso avverso la stessa sentenza svolto successivamente da altri lavoratori con tre motivi si presenta, secondo l’orientamento costante della Corte, come ricorso incidentale (Cass. S.U. 24876/2017).

Il primo di tali motivi (formulato ai sensi dei punti 3 e 4 dell’art. 360 cpc) censura la violazione degli artt. 112 e 434 cpc da parte della Corte di merito che erroneamente aveva respinto l’eccezione di inammissibilità dell’appello del Comune. Il quale, dicono, si era limitato a riproporre le stesse argomentazioni svolte in primo grado, per di più avvalendosi di documentazione prodotta solo in secondo grado senza l’autorizzazione richiesta dall’art. 437 cpc.

Con il secondo (svolto ex art. 360, n. 3) si lamenta la violazione dell’art. 33 del d.lgs. 165/2001 e 12 delle preleggi, sostenendo che il primo comma dell’art. 33 è chiaro nell’imporre alle amministrazioni l’individuazione delle eccedenze (di personale e non di ore di lavoro) per poi consentire l’eventuale accordo di misure alternative a collocamento in disponibilità, come i contratti flessibili e quelli di solidarietà.

Il terzo (sempre ex art. 360, n. 3) focalizza la violazione degli artt. 33. Co. 6, 40, co. 3 ter, 45 d.lgs. 165 oltre al Ccnl 7.3.1996 e 1.4.1999 del settore, avendo l’accordo del 23 dicembre travalicato i limiti fissati dalla contrattazione collettiva nazionale, tanto più che il co. 3 dell’art. 40 risulta approvato con il d.lgs. 75/2017 e quindi inapplicabile a fatti avvenuti nel 2013.

Il Comune, come detto, aveva replicato con controricorso ad entrambi i ricorsi dei lavoratori con due motivi.

Con il primo (sviluppato ai sensi dei n. 3 e 5 del 360) si ripropone la questione della giurisdizione, osservando come La Corte aveva ommesso di considerare che i lavoratori avevano domandato non il risarcimento del danno bensì le retribuzioni, pur non avendo svolto attività lavorativa. In sostanza avevano fatto valere un interesse di mero fatto non riconosciuto dall’ordinamento e quindi non tutelabile dal giudice.

Con il secondo avevano denunciato anche la violazione dell’art. 65 del d.lgs. 165 (ex art. 360, n. 3), poiché le loro critiche erano rivolte ad atti di macro-organizzazione dell’ente, il cui esame spetta al giudice amministrativo.

3. La sentenza 10 giugno 2024, n.16036

Innanzitutto, la Corte precisa che la questione di giurisdizione sollevata dal Comune avrebbe natura pregiudiziale ove il giudice di merito non si fosse sulla stessa pronunciato e il proponente non risulta vittorioso nell’impugnazione in sede di legittimità.

Nella specie, invece, l'eccezione va esaminata solo previa verifica della fondatezza dell'impugnazione principale, perché solo allora sorge l'interesse al suo esame, poiché se la domanda fosse rigettata, non vi sarebbe motivo di pronunciarsi su una questione già decisa in modo favorevole alla parte nel merito. (si citano diverse pronunce delle S.U.: 5456/2009; 7381/2013).

La Corte precisa poi (Cass. 14038/2021; Cass. 9671/2018), che solo quando la questione è a prima vista assorbente di ogni altra, considerata la necessità di sollecita definizione del giudizio, è possibile derogare a tale principio (Cass. 14039/2021; Cass. 9671/2018), circostanza che non ricorre nel caso in esame.

Ciò chiarito, la Corte ritiene logicamente prioritario l'esame del primo motivo svolto dai lavoratori ricorrenti incidentali e costituito, come si è visto, dalla contestata decisione di non ritenere inammissibile l'appello del Comune.

In motivo viene ritenuto infondato nel merito, anche volendo prescindere dalla mancata specificazione, nel ricorso, degli atti processuali contestati, in violazione del principio di autosufficienza.

È infatti errata la lettura fatta dai ricorrenti dell'art. 434 cpc, avendo la Corte a Sezioni unite chiarito (sentenze 27199/2017; 36481/2022) che la norma, unitamente all'art. 342, prevede che l'appello deve contenere l'individuazione chiara delle questioni e dei punti della sentenza di primo grado contestati, con le relative critiche, così «*affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti le ragioni addotte dal primo giudice*» (sul punto v. PERINA, BURELLI, *Il contenuto del ricorso in appello: inammissibilità, improcedibilità, manifesta fondatezza o infondatezza*, LDE, 23.7.23; AGOSTINI, *Principali questioni in materia di impugnazioni nel rito del lavoro. Brevi note su Cass.*, 6 febbraio 2017, n. 3052, ristalabor.it, 14.2.2017).

Resta invece escluso, a differenza delle impugnazioni a critica vincolata, che l'appello debba rivestire forme predefinite e soluzioni alternative a quelle adottate dal giudice di primo grado.

In particolare, poi, nell'escludere che l'appellante debba proporre una soluzione alternativa a quella esposta nella sentenza criticata, le Sezioni unite hanno chiarito che ove la decisione di primo grado non abbia esaminato le questioni poste dalla parte nel processo, l'appellante, con i dovuti adattamenti, può riproporre le tesi sostenute avanti al primo giudice, mentre una chiara pronuncia di quest'ultimo, richiederà una diversa impostazione dell'appello che, partendo da quanto esposto nella decisione impugnata, prospetti una soluzione in linea con quanto sostenuto nel grado precedente.

Ed è proprio la proposizione di una diversa soluzione per la tesi sostenuta nella sentenza che, contrariamente a quanto sostenevano i ricorrenti, rende confacente il motivo di impugnazione.

Il motivo è anche inammissibile poiché, laddove critica la decisione della Corte di merito di avere tenuto conto di nuova documentazione, non ne indica il contenuto, né spiega quale incidenza abbia avuto sulla decisione, limitandosi ad una critica formale dell'acquisizione e sull'omessa motivazione circa i poteri d'ufficio di cui all'art. 437 cpc.

La Corte ha già ritenuto (Cass. 18587/2014; Cass. 1794/2015) che «*la nullità o l'irritualità di un atto di acquisizione probatoria non comporta la nullità derivata della sentenza*», riflettendosi unicamente sulla sola giustizia o meno «*delle statuizioni di fatto della decisione se fondata sulla prova inutilizzabile*».

Il ricorrente in sede di legittimità deve quindi indicare se e come *l'error in procedendo* sia fondato proprio sull'erronea acquisizione, così minando la *ratio decidendi* che si trova in tal modo priva di fondamenta, una volta rimossa la prova irritualmente inserita nel processo. L'assenza di indicazioni circa la decisività delle acquisizioni rende inammissibile il motivo per mancato rispetto «*degli oneri dall'art. 360 nn. 3, 4 e 6 cpc*».

Nel merito e venendo al punto 6 e sottopunti della sentenza, la Corte chiarisce che la norma in discussione è l'art. 33 del d.lgs. 165/2001 nel testo sostituito, a decorrere al 1° gennaio 2012, dall'art. 16, comma 1, della L. n. 183/2011, il quale prevede che le pubbliche amministrazioni che si trovino in presenza di eccedenze di personale debbono darne comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica, alle organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl e alle RSU (su cui v. PASQUALETTO, *Il collocamento in disponibilità nel pubblico impiego privatizzato: un istituto proteiforme?*, in LPA, fasc.1/2017).

Né rileva, si legge nella sentenza in commento (§ 6), l'orientamento della Corte (si cita Cass. 5056/2020 che sul sito sentenze web della Corte, corrisponde però ad un decreto di estinzione di un giudizio) che ritiene non necessaria la consultazione del sindacato (in realtà, come si è visto, la norma parla di "comunicazione"), trattandosi, in quel caso, di principio enunciato con riferimento allo stato di dissesto di un Comune, mentre, a seguito di un'ordinanza istruttorie del Collegio, le parti avevano chiarito che si verteva in un'ipotesi di semplice dissesto finanziario all'epoca dei fatti di cui è causa.

Decorsi dieci giorni, l'amministrazione procede all'individuazione del personale che può essere collocato a riposo (art. 72, co. 11, DL 112/2008) e, in subordine, verifica la ricollocabilità del personale in altri settori dell'ente o in altri enti.

La legge 112/2008, prosegue la sentenza, in sostanza ha semplificato la procedura in caso di eccedenze, limitando il ruolo del sindacato e indirizzando l'ente, allo scopo di snellire la procedura, a procedere direttamente al collocamento a riposo o, in subordine, in disponibilità ove non risulti possibile il ricollocamento presso l'ente o altri enti, Si evita così di dover procedere in modo simile al privato, secondo le procedure di cui alla legge 223/1991 (originariamente richiamata dall'art. 33), eliminando il dialogo con le organizzazioni sindacali, destinate unicamente di una informativa.

È fatto obbligo, poi, di procedere annualmente alla verifica degli uffici e della loro dotazione organica, pena il divieto di assunzione, anche con forme flessibili, «*pena la nullità degli atti posti in essere*».

Vi è dunque una stretta relazione, secondo l'art. 33, co. 1, tra questo processo di verifica annuale e la riduzione delle eccedenze, che va effettuata tenendo conto dell'area di inquadramento e dei profili professionali, sicché non può venire in rilevanza la ipotesi di riduzione dell'orario della complessiva forza lavoro dell'ente. Tanto risulta confermato dal co. 5 dell'art. 33 che elenca in via gradata i ricordati strumenti del collocamento a riposo e del ricollocamento dei lavoratori, con la conseguenza che «*il coinvolgimento dell'intero personale*

in servizio» potrà venire in rilevanza in occasione di un contratto di solidarietà, ipotesi che dunque si colloca a valle e non a monte del fenomeno, interamente regolato del novellato art. 33 del d.lgs. 165/2001.

Risultano così fondati il terzo, il quarto e il sesto motivo del ricorso principale, oltre al secondo di quello incidentale degli altri lavoratori ricorrenti, che individuano in questo percorso la linea da seguire, con conseguente illegittimità, sia della mancata comunicazione al sindacato delle eccedenze, individuate ai sensi del ricordato co. 1 dell'art. 33 che del susseguente unilaterale provvedimento di riduzione dell'orario di lavoro operato unilateralmente dal Comune nel giugno 2013.

È fondato anche l'altro profilo sollevato dai ricorrenti, posto che la Corte ha più volte stabilito (si citano Cass. 15999/2022; Cass. 276/2024) che il passaggio da full a part time e viceversa, deve essere consensuale comportando una novazione oggettiva del rapporto *«che richiede una rinnovata manifestazione di volontà»*. Tanto, del resto, è confermato dall'art. 5 del d.lgs. 61/2000 (e oggi 8 del d.lgs. 81/2015) che, in questo caso, valorizza il ruolo della contrattazione collettiva pone l'accento che la modifica di orario presuppone il consenso dell'interessato e, comunque, il rispetto della contrattazione collettiva, il cui scopo è, appunto *«il contemperamento degli opposti interessi delle parti»*.

La decisione della Corte di merito risulta infine errata anche laddove ha ritenuto legittimo l'intervento autoritativo del Comune di riduzione dell'orario, poiché il comma 3 ter dell'art. 40 del d.lgs. 165/2001, sul quale la Corte di merito aveva supportato la sua decisione, va letto in combinato disposto con l'art. 3 bis, secondo il quale la contrattazione collettiva si svolge unicamente con riferimento agli istituti di carattere economico delegata alla contrattazione locale. La norma, infatti, non riguarda materie non indicate dalla contrattazione nazionale e disciplinate, come quella di specie, che riguarda le eventuali eccedenze di personale, che vanno affrontate e risolte, come si è visto, con gli appositi strumenti di cui all'art. 33 del d.lgs. 165/2001.

Sono quindi fondati, sotto questo ulteriore profilo, il nono motivo del ricorso principale e il terzo del ricorso incidentale degli altri lavoratori.

Viene invece esclusa la fondatezza dei primi due motivi del ricorso principale, nella parte in cui affermano la natura programmatica dell'art. 33, in ragione dell'assenza dell'intervento della cassa integrazione nel pubblico impiego, con conseguente inefficacia dell'accordo di solidarietà del 23.12.2013. all'esito del referendum del 19.11.2013.

Sul punto, il collegio si sofferma (§ 8, pag. 19-22 della sentenza) sull'esegesi della normativa in tema di contratto di solidarietà, che può riassumersi nei termini che seguono.

Nell'impiego privato tale tipologia di contratto, introdotto con il D.L. 726/1984, conv. in L. 863/1984 (ANNIBALLI, *Rapporto di lavoro e solidarietà, verso un modello pluridimensionale*, Angeli editore, 2017), oggetto di numerosi e incisivi interventi (sui quali v., diffusamente, Cass. 22255/2015, § 2, richiamata nella sentenza in commento), si inserisce in una fattispecie complessa.

L'accordo sindacale in questione, infatti, opera sulla riduzione di orario e di retribuzione con effetti erga omnes non per una funzione di efficacia normativa della contrattazione collettiva, costituendo invece solo il presupposto per il ricorso alla cassa integrazione.

La temporanea modifica peggiorativa delle condizioni di lavoro è dunque uno strumento di tutela dei lavoratori attraverso la contrattazione collettiva, che si realizza attraverso l'intervento dello Stato, finalizzato a «rendere meno gravosa la solidarietà fra lavoratori e costituisce uno strumento di tutela degli interessi di quest' ultimi, perché consente di scongiurare l'esubero del personale e la conseguente risoluzione dei rapporti di lavoro» (sul punto, v. anche OCCHINO, *Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra intervento pubblico e bilateralità*, in DLM, 2016, p. 499 ss.).

La cassa integrazione, come è noto, non è applicabile nel pubblico impiego, dove invece è possibile il ricorso al contratto di solidarietà di cui all'art. 33, d.lgs. 165/2001 (FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, 2019, 127 e segg.).

In tale settore, pertanto, il contratto di solidarietà di cui all'art. 33 acquisisce valore erga omnes e, diversamente da quanto avviene in quello privato, in caso di mancata possibilità degli specifici strumenti predisposti per affrontare le eccedenze (collocamento a riposo o ricollocamento in altre posizioni lavorative nell'ente o in altri enti), «giustifica la modifica non concordata dell'orario di lavoro, in deroga al principio della consensualità» o può giungere anche al collocamento in disponibilità con garanzia dell'80% dello stipendio (PASQUALETTI, *Il collocamento in disponibilità nel pubblico impiego privatizzato: un istituto proteiforme?*, LPA, fasc. 1/2019, in particolare § 2).

La diversità di disciplina, nonostante la privatizzazione della dipendenza pubblica, si giustifica, secondo la Corte, sulla base degli interessi di carattere generale, legati anche ad assicurare il l'equilibrio dei bilanci (RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, *Rivista AIC*, 3/2016) di cui all'art. 81 Cost. letto in connessione con l'art. 97 e l'art. 2, co. 1, lett. a, del d.lgs. 165/2001, che fa espresso riferimento al «perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità».

Tale impostazione ha trovato piena conferma nella giurisprudenza costituzionale (si citano le sentenze 178/2015, 120/2012, 146/2008) la quale, pur a seguito della privatizzazione del rapporto, ha chiarito che questo si differenzia da quello privato non solo per quanto attiene all'accesso (con concorso, ex art. 97 Cost.) ma pure nello svolgimento, in applicazione anche degli obblighi dei «soggetti chiamati ad assolvere a pubbliche funzioni (artt. 54 e 98 Cost.)».

Nella fattispecie, dunque, come si legge al punto 9 della sentenza, l'accordo del dicembre 2013, che ha fatto seguito alla comunicazione delle eccedenze di personale del 13 novembre, non presenta i vizi censurati al punto 6 della sentenza, che riguardavano la unilaterale riduzione dell'orario avvenuta nel giugno precedente, concretizzandosi in un accordo conforme all'art. 33 del d.lgs. 165/2001 che aveva confermato la riduzione oraria nella misura del 10% dal luglio al novembre 2013 e dell'8,34% dal gennaio 2014 al 31 dicembre 2015.

Di tale accordo non di può dunque «predicare la nullità, denunciata nel terzo motivo del ricorso incidentale per contrasto con i limiti posti della contrattazione collettiva nazionale in tema di orario di lavoro, atteso che quei limiti, che attengono al rapporto fra contratto na-

zionale e contratto integrativo, non operano in presenza della disposizione speciale dettata dal più volte citato art. 33».

Risultano infatti rispettati, nell'ambito di applicazione dell'art. 33, i rapporti tra contrattazione collettiva nazionale e contrattazione integrativa.

Sono altresì infondati i motivi del ricorso principale che criticano la sentenza nella parte (nono motivo) in cui non ha condiviso la dedotta nullità dell'accordo perché sottoscritto dalla sola UIL, e tanto perché la violazione dei contratti collettivi è deducibile in Cassazione solo con riferimento ai contratti nazionali, con la conseguenza che l'esame di quelli siglati in sede decentrata spetta unicamente al giudice di merito la cui decisione è censurabile unicamente per i vizi di interpretazione ermeneutica dei contratti legati ai relativi criteri legali di cui agli artt. 1362 e segg. c.c., *«nei limiti fissati dall'art. 360, n. 5 cpc, nel testo applicabile ratione temporis»*, non illustrati nel motivo.

Senza contare che il regime di pubblicità che connatura i Ccnl nazionali, attraverso la pubblicazione sul sito dell'Aran, non è applicabile agli accordi decentrati e, nella specie, gli stessi non risultano depositati nel fascicolo, né ne sono stati riportati i passi rilevanti nel ricorso per cassazione.

Anche il decimo motivo merita di essere disatteso.

La sentenza impugnata non fa cenno della questione e in tal caso, ove si faccia riferimento ad una questione che comporta un esame di fatto, nel ricorso in sede di legittimità occorre dimostrarne la deduzione effettuata in sede di merito e indicare in quale atto del giudizio di merito se ne sia fatto riferimento, al fine di consentire alla Corte di esaminare "ex actis" tale questione, pena l'inammissibilità per novità della censura (si citano Cass. 13886/2023; 32804/2019; 2380/1019; 27568/2017). Tanto manca nel ricorso, con conseguente inammissibilità dei motivi.

Va infine esclusa, come già accennato, la legittimità dell'accordo nella parte in cui ratifica la riduzione dell'orario effettuata nel giugno 2013, posto che il superamento dei principi di consensualità in tema di modifiche dell'orario di lavoro può essere superato solo con il rispetto delle procedure di cui al più volte citato art. 33, il cui mancato espletamento non giustifica la ratifica della riduzione operata in violazione di queste, *«incidendo retroattivamente su diritti già entrati nel patrimonio del dipendente al momento della sottoscrizione dell'accordo stesso né far venire meno un inadempimento del datore già verificatosi»*.

La sentenza fissa quindi i seguenti principi di diritto:

«a) l'art. 33, comma 1, del D.Lgs. n. 165-2001 richiede che l'eccedenza di personale venga individuata dalla pubblica amministrazione con specifico riferimento alla consistenza della dotazione organica degli uffici, tenendo conto dell'area e dei profili professionali del personale in esubero;

b) nell'ambito della procedura disciplinata dall'art. 33 del D.Lgs. n. 165-2001 la ricollocazione totale o parziale del personale in situazione di soprannumero o di eccedenza può essere ottenuta, pur in assenza di intervento della cassa integrazione guadagni, anche attraverso il ricorso al contratto di solidarietà, in mancanza del quale il datore di lavoro pubblico non

può unilateralmente disporre per tutto il personale la riduzione dell'orario e del conseguente trattamento retributivo;

c) il contratto di solidarietà, intervenuto nel corso della procedura di riduzione dell'eccedenza di personale, è applicabile a tutti i dipendenti dell'ente ma può disporre solo delle situazioni future mentre non può incidere retroattivamente su diritti già sorti né sanare i vizi degli atti adottati dal datore in assenza delle condizioni di legge».

Restava da esaminare, come anticipato, i motivi di impugnazione formulati dal Comune, il cui vaglio era stato posposto all'esame dei motivi svolti dai lavoratori e che andava affrontato all'esito del parziale accoglimento degli stessi.

L'eccezione di carenza di giurisdizione in tema di pubblico impiego privatizzato, il cui esame è stato è stato demandato alla sezione lavoro con decreto del Primo Presidente del 19.9.2018, risulta infondato.

La attenta e articolata motivazione può essere così sintetizzata. La giurisdizione del giudice amministrativo, «*in un sistema incentrato sul rapporto regola eccezione*» risulta un'ipotesi del tutto eccezionale e limitata «*alle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, alla individuazione degli uffici di maggiore rilevanza ed ai modi di conferimento della titolarità dei medesimi, alla determinazione delle dotazioni organiche complessive*» e, dunque, agli atti di “macro organizzazione”.

Tutto il resto, ovvero gli atti indicati nel comma 2 dell'art. 5 del d.lgs. 165/2001, «*ossia “le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro” nonché tutti gli atti di “direzione e organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici”, atti che per espressa indicazione normativa sono assunti, con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, dagli organi di gestione, non da quelli di indirizzo politico», trattando di di atti «che si collocano ad un livello intermedio fra i provvedimenti di alta amministrazione, ai quali devono conformarsi, e quelli di gestione dei singoli rapporti, che, a loro volta, devono essere rispondenti all'atto di micro organizzazione», quali atti di “micro organizzazione” il cui esame resta di competenza del giudice ordinario.*

Ne consegue un sistema “a cerchi concentrici” dove, se il dipendente agisce a tutela di un diritto soggettivo nascente dal rapporto di lavoro con una pubblica amministrazione e leso da un atto di micro organizzazione, l'eventuale atto di macro organizzazione da cui dipende può essere disapplicato dal giudice ordinario ove illegittimo. Se, invece, l'oggetto del giudizio è direttamente l'atto di macro organizzazione, del quale si contesta la conformità alla legge, ci si trova di fronte ad un interesse legittimo che non giustifica la disapplicazione da parte del giudice ordinario e occorre adire quello amministrativo.

La giurisdizione va dunque determinata in base alla domanda, con riguardo al *petitum sostanziale*, identificato non sulla base della pronuncia richiesta al giudice, bensì sulla *causa petendi*, «*ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio, da individuare con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono espressione (cfr. fra le tante Cass. S.U. 12 luglio 2023 n. 19966; Cass. S.U. 12 novembre 2020, n. 25578; Cass. S.U. 18 maggio 2021, n. 13492)*».

Nel caso specifico, in applicazione di tali principi, la sentenza chiarisce che non vi è dubbio alcuno sulla giurisdizione dell'AGO, posto che i ricorrenti hanno fatto valere un «*loro diritto soggettivo, scaturente dal contratto di impiego, ad eseguire la prestazione nei termini previsti dal contratto individuale ed hanno contestato la riduzione unilaterale dell'orario medesimo, deducendo, nella sostanza, l'inadempimento delle obbligazioni poste a carico del datore*».

Ne consegue l'accoglimento del ricorso principale e di quello incidentale dei lavoratori, nelle parti indicate, con conseguente rimessione alla Corte di merito per il conseguente riesame.

4. Conclusioni

La sentenza in commento affronta con accuratezza una serie di problematiche, processuali e di merito, in modo attento e approfondito, giungendo a soluzioni che, nel complesso non possono che condividersi.

L'esame della normativa regolante le eccedenze di personale nel pubblico impiego contrattualizzato, è svolta in modo accurato, affrontando una questione sinora non adeguatamente approfondita da parte della giurisprudenza di legittimità, se non, indirettamente, in controversie che avevano ad oggetto vicende di enti in stato di dissesto e con riferimento a ipotesi diverse da quelle della riduzione dell'orario di lavoro (es.: Cass. 5046/2020).

In particolare si chiarisce, correttamente, ad avviso di chi scrive, il contenuto dell'art. 33 del d.lgs. 165/2001, anche con riferimento alle riduzioni di orario di lavoro (e le interconnessioni con la disciplina sul part time).

Altrettanto opportunamente, risulta ricostruito il ruolo della contrattazione collettiva nella fattispecie, le competenze di quella nazionale e decentrata e le differenze che caratterizzano la sua rilevanza tra il pubblico e il privato nella gestione dei contratti di solidarietà.

Per quanto riguarda la questione della giurisdizione, comunque in continua evoluzione e rimodulazione (tanto che si è parlato di "commedia degli equivoci": RICCARDI, *La tutela del lavoratore pubblico tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, LPA, fasc. 2/2020) come ben sa chiunque si sia avventurato in contenziosi di tal tipo, la soluzione adottata appare anch'essa condivisibile.

Sergio Galleano, avvocato in Milano e Roma

Visualizza il documento: [Cass., 10 giugno 2024, n. 16036](#)